

87. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Dezember 1915  
i. S. **Gemeinde Herrliberg, Wasserversorgungsgenossenschaft Herrliberg und Julius Schärer, Kläger und Widerbeklagte, gegen Heinrich und Hermann Aeberli und Wasserversorgungsgenossenschaft Winkel-Isler-Bindschedler, Beklagte und Widerkläger.**

Quellenrecht. Angeblich gemeinschaftliche Fassung benachbarter Quellen verschiedener Eigentümer im Sinne des Art. 708, Abs. 1 und 2 ZGB; in Wirklichkeit blosses Wettgraben. — Abweisung eines auf Verteilung des gewonnenen Wassers «im Verhältnis der bisherigen Quellenstärke» gerichteten Klagbegehrens.

A. — Der Kläger Schärer ist Eigentümer der Hofackerwiese, die sich auf der rechten Seite des bei Herrliberg vorbeifliessenden Mühlebachs befindet. Die Beklagten Aeberli sind Eigentümer der auf der linken Seite desselben Baches befindlichen Riedtwiese. Unter den beiden Wiesen zieht sich ein in der Richtung des Mühlebachs verlaufender Grundwasserstrom von beträchtlicher Breite hindurch. Von diesem Grundwasserstrom werden verschiedene, schon seit längerer Zeit gefasste Quellen gespiesen, darunter namentlich die sog. Rüsselquelle (72 Minutenliter) und die Grossriedtquelle (452 Minutenliter), welche sich beide oberhalb der Hofackerwiese befinden und beide von der Gemeinde Herrliberg, bzw. der Wasserversorgungsgenossenschaft Herrliberg, zu Wasserversorgungszwecken verwendet werden.

Im Jahre 1911 gruben einerseits in der Hofackerwiese die Kläger, andererseits in der Riedtwiese die Beklagten nach weiterm Wasser. Die Kläger gingen dabei bis auf eine Tiefe von 4,2 m. ; tiefer gruben sie d e s h a l b nicht, weil sie entweder für das tiefergelegene Wasser keinen Abfluss gehabt, oder aber (beim Vorhandensein eines Abflusses) durch ein Tiefergraben ihre eigenen, talaufwärts befindlichen Quellen (Rüssel- und Grossriedt-

quelle) geschädigt haben würden. Noch bevor die Beklagten ebenfalls bis auf 4,2 m. gegraben hatten, erwirkten die Kläger ihnen gegenüber ein Verbot des Weitergrabens. Damals ergab die Neugrabung der Kläger 33, diejenige der Beklagten 87 Minutenliter. Im Verlaufe des Prozesses wurde auf Veranlassung des gerichtlichen Experten in der Riedtwiese ebenfalls bis auf 4,2 m. gegraben ; infolgedessen stieg der Ertrag der Neugrabung der Beklagten auf 104 Minutenliter, während derjenige der Neugrabung der Kläger auf 16 Liter hinunterging. Nach der Feststellung des Experten könnte bedeutend mehr Wasser gewonnen werden, wenn tiefer als 4,2 m. gegraben würde.

B. — Infolge Verbindung eines im November 1911 von der Gemeinde Herrliberg und der Wasserversorgungsgenossenschaft Herrliberg gegen die Gebrüder Aeberli angestrebten Prozesses mit einem solchen, den im Februar 1913 die Gebrüder Aeberli und die Wasserversorgungsgenossenschaft Winkel-Isler-Bindschedler gegen die Gemeinde Herrliberg, die Wasserversorgungsgenossenschaft Herrliberg und Julius Schärer anstrebten und in welchem die damaligen Beklagten widerklagweise ein Expropriationsbegehren im Sinne der Art. 711 und 712 ZGB stellten, hatte am 13. November 1913 das Bezirksgericht Meilen über folgende Streitfragen zu urteilen:

« A. H a u p t k l a g e :

- » 1. Sind die Kläger und Widerbeklagten berechtigt, » die beklagtische Riedtwiese im Sinne von Art. 711 und » 712 des ZGB zu expropriieren ?
- » 2. Ist den Beklagten das Graben, sowie das Fassen » von Wasser in ihrem Lande in der Riedtwiese im Tambel- » Herrliberg definitiv untersagt und sind demgemäss die » Verfügungen des Bezirksgerichtspräsidiums Meilen vom » 6. und 17. Oktober 1911 definitiv zu bestätigen ?

» B. W i d e r k l a g e :

- » 1. Ist nicht den Klägern und Widerbeklagten das » Graben nach Wasser und das Fassen von solchem in der

» sog. Julius Schärer'schen Wiese im Hausacker vom  
 » Bach aus gerechnet bis auf 30 Meter Abstand zu ver-  
 » bieten ?

» 2. Sind nicht die Kläger und Widerbeklagten ver-  
 » pflichtet, das in der anstossenden Schärer'schen Wiese  
 » und in der sogenannten Riedtwiese der Beklagten ent-  
 » springende Wasser gemeinsam mit den Beklagten zu  
 » fassen und das gefasste Wasser beiden Parteien im Ver-  
 » hältnis der Stärke der in jedem Grundstücke zu Tage  
 » getretenen Wassermenge zuzuleiten ?

» eventuell :

» Sind nicht die Kläger berechtigt, das sämtliche  
 » Wasser in der Riedtwiese ohne Rücksicht auf dasjenige  
 » in der Schärer'schen Wiese zu fassen und abzuleiten  
 » unter Kosten- und Entschädigungsfolge ? »

Hierüber erkannte das genannte Bezirksgericht wie folgt :

» 1. Das Begehren der Kläger und Widerbeklagten um  
 » Expropriation der Aeberli'schen Riedtwiese im Sinne  
 » der Art. 711 und 712 des ZGB wird abgewiesen.

» 2. Die Einsprache der Kläger gegen die Grabungen  
 » der Beklagten im Lande der Gebrüder Aeberli wird in  
 » der Weise geschützt, dass den Beklagten und Wider-  
 » klägern untersagt wird tiefer zu graben als auf 4,2 m.  
 » bzw. tiefer zu graben als wie die derzeitigen Fassungen  
 » der Beklagten im Lande der Gebrüder Aeberli ausge-  
 » führt sind.

» 3. Die Widerklage der Beklagten und Widerkläger  
 » gerichtet auf Untersagung der Grabungen der Kläger  
 » und Widerbeklagten in der sog. Schärer'schen Wiese  
 » im Hausacker resp. Hofacker wird abgewiesen.

» 4. Die Kläger und Widerbeklagten werden bei ihrer  
 » Erklärung, dass sie mit der gemeinsamen Fassung der  
 » Quellen in der Riedtwiese der Gebrüder Aeberli und der  
 » Hofackerwiese des Julius Schärer einverstanden seien,  
 » behaftet und demgemäss verpflichtet, nach Anleitung  
 » des Experten Ingenieur Peter die Quellenfassungen

» in der Hofackerwiese zu vollenden und das Wasser der  
 » gemeinschaftlichen Anlage zuzuführen.

» Die gemeinschaftliche Anlage und die Teilungsver-  
 » richtungen sind nach Anordnung des Experten zu  
 » erstellen und es ist das gefasste Wasser so zu teilen,  
 » dass auf die Gemeinde Herrliberg bzw. die Kläger 33  
 » Teile und auf die Beklagten und Widerkläger 87 Teile  
 » entfallen.

» Die Kosten der gemeinsamen Anlage sind von den  
 » Klägern und Widerbeklagten zu 33/120 und von den  
 » Beklagten und Widerklägern zu 87/120 zu tragen. Alles  
 » in der Meinung, dass die Beklagten und Widerkläger  
 » sonst berechtigt wären, ihre Quellen allein ordnungs-  
 » gemäss zu fassen und abzuleiten.

» . . . . . »

Gegen dieses Urteil appellierten beide Parteien an das  
 Obergericht, worauf das letztere am 18. Februar 1915  
 erkannte :

» 1. Die Klage auf Abtretung der Riedtwiese wird ab-  
 » gewiesen.

» 2. Dagegen wird den Gebrüdern Aeberli verboten, in  
 » der Riedtwiese tiefer als 4,2 m., das heisst, tiefer als  
 » die derzeitigen Fassungen zu graben.

» 3. Der Beklagte Schärer und die Kläger werden bei  
 » der Erklärung behaftet, dass sie für den Fall, dass die  
 » Klage auf Abtretung der Riedtwiese abgewiesen werde,  
 » einverstanden seien, das Wasser in der Hofackerwiese  
 » und in der Riedtwiese gemeinschaftlich mit den Ge-  
 » brüdern Aeberli zu fassen und es wird festgestellt, dass  
 » diese Fassung dadurch vollzogen ist, dass in jedem der  
 » beiden Grundstücke Fassungen in gleicher Tiefe gelegt  
 » wurden.

» Die Kosten der Fassung in der Hofackerwiese sind  
 » von den Klägern, die Kosten der Fassung in der Riedt-  
 » wiese von den Gebrüder Aeberli zu tragen.

» 4. Die Klage der Gebrüder Aeberli auf Verbot des

» Grabens in der Hofackerwiese wird als gegenstandslos  
» abgewiesen.

» . . . . . »

C. — Gegen das Urteil des Obergerichts haben die  
Kläger und Widerbeklagten rechtzeitig und in richtiger  
Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit  
den Anträgen :

« I. Dispositiv 3 des angefochtenen Urteiles ist  
» aufzuheben und an seiner Stelle zu erkennen :

» Der Beklagte Schärer und die Kläger werden bei der  
» Erklärung behaftet, dass sie für den Fall, dass die Klage  
» auf Abtretung der Riedtwiese abgewiesen werde, ein-  
» verstanden seien, das Wasser in der Hofackerwiese und  
» in der Riedtwiese gemeinschaftlich mit den Gebrüder  
» Aeberli zu fassen und demgemäss verpflichtet, nach  
» Anleitung des Experten, Ingenieur Peter, die Quellen-  
» fassungen in der Hofackerwiese zu vollenden und das  
» Wasser der gemeinschaftlichen Anlage zuzuführen  
» Urteilsfassung gleich Dispositiv 4 Abs. 1 des Bezirks-  
» gerichtes).

» Die gemeinschaftliche Anlage und die Teilungsver-  
» richtungen sind nach Anordnung des Experten zu  
» erstellen und es ist das gefasste Wasser so zu teilen,  
» dass auf die Gemeinde Herrliberg die  
» Hälfte und auf die Beklagten die andere  
» Hälfte entfällt (Minderheitsantrag des Oberge-  
» richtes, bestehend aus dem Referenten und Herrn  
» Fehr).

» E ventuell ist so zu teilen, dass auf die Gemeinde  
» Herrliberg 33 Teile und auf die Beklagten 87 Teile  
» entfallen (Urteilsfassung gleich Dispositiv 4 Abs. 2 des  
» Bezirksgerichtes).

» Die Kosten der gemeinsamen Anlage sind von den  
» Klägern und dem Beklagten je zur Hälfte zu tragen ;  
» eventuell zu 33/120 von den Klägern und 87/120  
» von den Beklagten (Gleich Dispositiv des Bezirks-  
» gerichtes).

. . . . .  
» IV. Eventuell folgende Aktenvervollständigung :

» 1. Es ist dem Experten, Ingenieur Peter oder einem  
» andern Experten, z. B. dem Geologen Dr. Hug, die  
» Frage vorzulegen, welche Vollendungsarbeiten und  
» Teilungsvorrichtungen noch zu machen seien, damit  
» wirklich von einer gemeinschaftlichen Fassung geredet  
» werden könne. (Die technischen Ausführungen des zur  
» Schlussberatung zugezogenen Experten Peter sind trotz  
» Antrag der beklagtischen Partei merkwürdigerweise  
» nicht aus Protokoll genommen worden.)

» 2. Auch die weitere Frage ist dem Experten, Ingenieur  
» Peter, oder dem Geologen Dr. Hug, vorzulegen, in  
» welchem Masse v o r d e n G r a b u n g e n im Bache  
» resp. beidseitig des Baches, der die streitigen Quellen-  
» grundstücke trennt, das Grundwasser zu Tage getreten  
» sei, und ob im Zweifel die Fülle des Wassers nicht zu  
» halbieren sei. »

Die Beklagten haben Abweisung der Berufung und  
Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht  
i n E r w ä g u n g :

1. — Der Kognition des Bundesgerichts unterliegt nur  
noch das Widerklagbegehren N° 2 ; denn nur auf dieses  
bezieht sich die Berufung der Kläger und Widerbeklagten,  
während von den Beklagten und Widerklägern überhaupt  
keine Berufung eingereicht wurde. Jenes Widerklagbe-  
gehren N° 2 ging nun ursprünglich e r s t e n s dahin, die  
Widerbeklagten seien im Sinne des Art. 708 ZBG zur ge-  
meinsamen Fassung des in der Hofacker- und in der  
Riedtwiese entspringenden Wassers, d. h. zur Fassung  
dieses Wassers gemeinsam mit den Widerklägern zu  
v e r p f l i c h t e n , z w e i t e n s dahin, es sei das ge-  
fasste Wasser «im Verhältnisse der in jedem der genannten  
Grundstücke zu Tage getretenen Menge » den Parteien

« zuzuleiten » (recte : z u z u t e i l e n). Da jedoch die Vorinstanz in ihrem Dispositiv N° 3 « festgestellt » hat, dass die « gemeinschaftliche Fassung » durch die beiden bestehenden selbständigen Fassungen bereits « vollzogen » sei, die Beklagten und Widerkläger aber die Bestätigung dieses Dispositivs beantragen, so bleibt von dem ursprünglichen Widerklagbegehren N° 2 nur noch der Antrag auf Teilung des « gefassten » Wassers, wobei die Beklagten und Widerkläger entsprechend dem Urteil der Vorinstanz Zuteilung von 104/120 verlangen, während die Kläger und Widerbeklagten eine für sie günstigere Verteilung beantragen und ausserdem die Auffassung vertreten, dass die « gemeinschaftliche Fassung » erst noch zu erstellen sei.

Uebrigens sieht Art. 708 ZGB einen Zwang zur « gemeinschaftlichen Fassung » nicht vor, und es hätte also der erste Teil des Widerklagbegehrens N° 2 so wie so nicht zugesprochen werden können.

Würde demnach die Aufgabe des Bundesgerichts in der Verteilung des gewonnenen oder noch zu gewinnenden Wassers, d. h. in der Bestimmung der Verteilungsquoten bestehen, so setzt eine solche Verteilung doch voraus, dass zunächst die Vorfrage geprüft werde, ob es sich überhaupt um eine « gemeinschaftliche Fassung » im Sinne des Art. 708 Abs. 1 und 2 handle. Muss diese Vorfrage verneint werden, so fehlt es an der erforderlichen Grundlage für eine im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmung vorzunehmende Verteilung, und es ist dann kein Widerklagbegehren mehr vorhanden, das vom Bundesgerichte zugesprochen werden könnte.

2. — Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beklagten kann nun zunächst nicht gesagt werden, dass eine « gemeinschaftliche Fassung » im Sinne des Art. 708 Abs. 1 und 2 ZGB bereits stattgefunden habe. Denn jede Partei hat vorerst nur für sich gegraben und die Gegenpartei am Graben zu verhindern gesucht; dann aber ist auf Anordnung des gerichtlichen Experten

einfach die eine der beiden Grabungen bis zu der ihr durch ein rechtskräftiges Verbot vorgeschriebenen Maximaltiefe (4,2 m.) fortgesetzt worden, ohne dass irgend eine organische Verbindung der beiden Fassungen stattgefunden hätte. Bei einem derartigen Wettgraben kann nun aber schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht von einer « gemeinschaftlichen Fassung » gesprochen werden, und vollends ist darin keine solche im Sinne des Art. 708 Abs. 1 und 2 ZGB zu erblicken. Diese Gesetzesbestimmung bezweckt nicht die Verteilung von Wasser, das die in Betracht kommenden Grundeigentümer jeder für sich gewonnen haben — solches Wasser ist überhaupt nicht zu verteilen, sondern es kann sich bloss fragen, ob und inwieweit eine Schadenersatz- oder Wiederherstellungspflicht im Sinne der Art. 706, 707 und 708 Abs. 3 bestehe — ; vielmehr bezieht sich Art. 708 Abs. 1 und 2 auf das durch eine wirklich gemeinsame angelegte Fassung neu gewonnene Wasser. Nur in Bezug auf solches, nicht schon im ausschliesslichen Besitze des einen oder des andern Grundeigentümers befindliches Wasser bedurfte es einer Bestimmung darüber, wem es « zuzuleiten » sei, und nur bei solchem gemeinsam gewonnenen Wasser kann es sich um eine Teilung « im Verhältnis der bisherigen Quellenstärke » handeln. Damit von einem solchen Verhältnis gesprochen werden könne, müssen mindestens zwei, bereits in erheblicher Weise benutzte oder zum Zwecke der Verwertung gefasste Quellen verschiedener Eigentümer (im Sinne des Art. 706) vorhanden gewesen sein, und es muss eine Verständigung dieser Eigentümer in Bezug auf die Anlage einer einzigen Fassung oder doch hinsichtlich einer organischen Verbindung der bestehenden Fassungen zum Zwecke der Gewinnung von mehr Wasser, als bisher gewonnen wurde, stattgefunden haben. In einem solchen Falle ist das gewonnene Plus im Verhältnis der (meist unbestrittenen) « bisherigen Quellenstärken » zu teilen.

3. — Eine derartige, gemeinsam anzulegende neue

Fassung, oder doch eine organische Verbindung der beiden in der Hofacker- und der Riedtwiese bestehenden bisherigen Fassungen erstrebt nun allerdings vielleicht — nach ihrem Hauptberufungsbegehren zu urteilen — die *K l a g p a r t e i*; denn sie erklärt sich damit « einverstanden, das Wasser in der Hofackerwiese und in der Riedtwiese gemeinschaftlich zu fassen » und « nach Anleitung des Experten, Ing. Peter, die Quellenfassungen in der Hofackerwiese zu vollenden und das Wasser der gemeinschaftlichen Anlage zuzuführen ». Allein, da die Parteien, wie sich hieraus ergibt, unter der « gemeinsamen Fassung » jede etwas *a n d e r e s* verstehen, so liegt tatsächlich eine Verständigung im Sinne des Art. 708 Abs. 1 ZGB *n i c h t* vor. Damit fehlt aber die erste und oberste Voraussetzung einer richterlichen Verteilung des durch die « gemeinschaftliche Anlage » zu gewinnenden Wassers; denn einen *Z w a n g* zur Erstellung einer solchen gemeinschaftlichen Anlage hat das Gesetz, wie bereits bemerkt, nicht eingeführt.

4. — Uebrigens erklärt sich im vorliegenden Falle auch die *K l a g p a r t e i* nicht etwa zur gemeinschaftlichen Fassung alles desjenigen Wassers bereit, das sich als « Ausfluss des gemeinsamen Sammelgebietes » im Sinne des Art. 708 Abs. 1 ZGB darstellt und (im Sinne derselben Gesetzesbestimmung) « eine Quellengruppe bildet », sondern sie will nur das in der *H o f a c k e r-* und in der *R i e d t w i e s e* zu gewinnende Wasser gemeinsam fassen und dabei, durch Festhalten an dem gegenüber den Beklagten erwirkten rechtskräftigen Verbote des Grabens unter 4,2 m., jede Schwächung der bereits bestehenden, in ihrem Besitz befindlichen beiden grossen Quellen (Rüssel- und Grossriedtquelle) verhindern. Damit aber widersetzt sie sich zugleich der rationellen Ausnutzung des gesamten Quellengebietes, wozu nach der Erklärung des gerichtlichen Experten tiefer als bis auf 4,2 m. gegraben werden müsste. Nicht nur fehlt also *z. Z.* eine gemeinschaftliche Anlage im Sinne des Art. 708 Abs. 1

und 2, sodass es sich um eine Verteilung bereits gemeinsam gewonnenen Wassers handeln könnte; — nicht nur fehlt auch eine *V e r s t ä n d i g u n g* der in Betracht kommenden Grundeigentümer über eine solche, erst noch zu *e r r i c h t e n d e* gemeinsame Anlage, sondern es liegt auch nicht einmal ein bezüglicher *A n t r a g* der einen oder der andern Partei vor, da einerseits die Beklagten (mit der Vorinstanz) die « gemeinschaftliche Anlage » als bereits erstellt betrachten — was rechtsirrtümlich ist, — andererseits aber die Klagpartei doch nur zur gemeinschaftlichen Fassung eines Teils des zum gemeinsamen Sammelgebiet gehörenden Wassers Hand bieten möchte.

Für das Bundesgericht bleibt unter solchen Umständen keine andere Lösung, als die Abweisung des Widerklagebegehrens N° 2 in dem Sinne, dass es den Parteien unbenommen bleiben soll, allfällige Schadenersatz- oder Wiederherstellungsansprüche im Sinne der Art. 706, 707 und 708 A b s. 3 gegen einander geltend zu machen, oder auch sich über eine wirklich *g e m e i n s a m e* Fassung im Sinne des Art. 708 A b s. 1 u n d 2 zu verständigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
e r k a n n t :

1. Dispositiv 3 des angefochtenen Urteils wird aufgehoben und das Widerklagebegehren N° 2 im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

2. Im übrigen hat es bei dem Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 1915 sein Bewenden.